

# Possibilidade de detração das medidas cautelares diversas da prisão: uma análise à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Possibility of withdrawing precautionary measures other than prison: an analysis in light of the understanding of the Superior Court of Justice

DOI 10.5281/zenodo.13855034

Alinne Coutinho Lisbôa <sup>1</sup>

30

**Resumo:** O presente artigo trata do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de aplicação do instituto da detração penal em relação às medidas cautelares diversas da prisão. Tal discussão parte da lacuna existente na legislação penal quanto a detração das cautelares. Assim, busca-se um critério por meio do qual se possa concluir se é possível ou não detrair no tempo de pena privativa de liberdade imposta ao sentenciado o período em que ele foi submetido a alguma das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

**Palavras-chave:** Detração penal. Medidas Cautelares. *Bis in idem*.

**Abstract:** This article deals with the understanding of the Superior Court of Justice regarding the possibility of applying the institute of criminal detention in relation to precautionary measures other than prison. This discussion is based on the existing gap in criminal legislation regarding the withdrawal of precautionary measures. Thus, a criterion is sought through which it can be concluded whether or not it is possible to detract from the time of the custodial sentence imposed on the sentenced person the period in which he was subjected to any of the personal precautionary measures other than prison.

**Keywords:** Criminal detention. Precautionary Measures. *Bis in idem*.

## 1 Introdução

Quando do surgimento do Código de Processo Penal, em 1941, ao investigado ou réu, durante a persecução penal, apenas subsistia a prisão ou a liberdade. Com o advento da Lei nº 12.403, no ano de 2011, foram inseridas no Código de Processo Penal medidas cautelares

<sup>1</sup> Advogada Criminalista. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA/PE). Mestranda em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC), Recife/PE. alinnecoutinho.adv@outlook.com

Recebido em: 01/08/2024  
Aprovado em: 29/09/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



pessoais diversas da prisão, as quais poderão ser decretadas isoladas ou cumulativamente, no intuito de evitar ao máximo o encarceramento do indivíduo antes da decisão condenatória com trânsito em julgado.

Considerando que, com a edição da Lei nº 12.403/2011, os magistrados não estão mais restritos a decretar somente a prisão provisória ao investigado ou réu ou mantê-lo livre sem qualquer restrição a sua liberdade, surge a pergunta: é possível a detração das medidas cautelares diversas da prisão?

Na referida legislação, observa-se que o legislador silenciou quanto à possibilidade de aplicação do instituto da detração penal quando da imposição de medidas cautelares diversas da prisão, as quais, igualmente, impõem limitações totais ou parciais à liberdade do indivíduo.

Assim, estabelece-se uma contenda, pois, de um lado o sistema jurídico vigente veda a dupla punição pelo mesmo fato - *No Bis in Idem*, e, por outro, as medidas cautelares impõe uma limitação à liberdade do cidadão mesmo antes de seu efetivo julgamento, podendo, em alguns casos, até antecipar os efeitos de uma sentença penal condenatória.

Em vista do silêncio do legislador em relação à possibilidade de aplicação do instituto da detração às medidas cautelares diversas da prisão, o presente estudo se justifica e se faz relevante.

Partindo desses pressupostos, o que se pretende com o presente trabalho é examinar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de detração das medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal.

## 2 Detração penal no ordenamento jurídico brasileiro

Em 1940 foi promulgado o Código Penal Brasileiro que disciplinou, em seu artigo 34, o instituto da detração da seguinte forma: “Computam-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio”. Com a reforma do Código Penal, ocorrida em 1984 por meio da Lei nº 7.209, a detração penal passou a ser prevista no artigo 42, o qual possui a seguinte redação: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”. Esse é o que chamamos de conceito legal da detração penal.

O Código de Processo Penal também trata do tema em seus artigos 672 e 680. Estabelece o CPP, respectivamente, que será computada na pena privativa de liberdade o tempo de prisão

preventiva ou provisória no Brasil ou no estrangeiro, bem como o tempo de internação em hospital ou manicômio. Ademais, prevê que o tempo que o condenado, por sentença irrecorrível, permanecer preso em estabelecimento diverso do destinado ao cumprimento da pena será computado no tempo da pena.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), estabelece, em seu artigo 66, inciso III, alínea c, que compete ao juiz da execução decidir sobre a detração da pena. Outrossim, o seu artigo 111 trata da detração penal, estabelecendo que ela será observada quando da determinação do regime de cumprimento de pena nos casos de soma ou unificação das penas.

A última inovação legislativa a respeito da detração penal no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu em 2012, quando, por meio da Lei nº 12.736, foi acrescentado o § 2º ao artigo 387 do Código de Processo Penal, o qual passou a prever que será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro.

O conceito doutrinário da detração penal possui definições semelhantes e baseadas nos limites do que já dispõe a lei.

José Cirilo de Vargas entende que a detração penal não é nenhum favor estatal, uma vez que se trata do desconto que é feito, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, da prisão administrativa e da internação em hospital ou outro estabelecimento de custódia e tratamento psiquiátrico, acrescentando que se não houver esse desconto, o cidadão será punido duas vezes pelo mesmo fato (VARGAS, 1998, p.26-27).

Em outras palavras, significa o abatimento, na pena ou medida de segurança aplicada ao final do processo, do período em que o réu ficou preso de forma cautelar ou internado provisoriamente. Por exemplo, se o sentenciado ficou preso provisoriamente por seis meses antes do trânsito em julgado da condenação e foi condenado a oito anos e seis meses de reclusão, cumprirá somente mais oito anos.

Segundo René Ariel Dotti, o fundamento da detração é a vedação ao *bis in idem*, segundo o qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. A detração visa impedir que o Estado abuse de poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver a perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória (DOTTI, 2002, p. 604).

Pierpaolo Cruz Bottini, comungando de idêntica posição, defende que a detração penal, que tem por fundamento o princípio da equidade e da vedação ao *bis in idem*, deve ser estendida

a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, dentre eles, o direito à liberdade de locomoção (BOTTINI, 2013, p. 271).

No que tange a detração, percebe-se que a redação das leis penais acima mencionadas nada menciona a respeito da dedução do tempo em que o investigado ou réu cumpriu medidas cautelares diversas da prisão. Em razão dessa lacuna legal, o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando sobre o tema.

### 3 Medidas cautelares pessoais diversas da prisão

Antes do advento da Lei nº 12.403/2011, no Brasil, aquele que estivesse submetido à persecução penal só podia estar em prisão ou em liberdade, conforme previsto no Código de Processo Penal. Contudo, em 2011, a Lei nº 12.403 introduziu no Código de Processo Penal novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão, ampliando as opções do juiz para além da prisão ou da liberdade.

Nas palavras de Celso Delmanto, após a ocorrência de um crime, a sociedade já demanda uma punição exemplar ao seu responsável. No intuito de satisfazer aos anseios do corpo social, o Estado, por meio de seus agentes de persecução penal, utiliza-se, quase sempre, da prisão preventiva. Assim, há uma banalização da prisão preventiva, fazendo com que ela perca a característica da instrumentalidade [que] é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com a pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório (DELMANTO, 2002, p. 83).

Portanto, a Lei nº 12.403/11 inova no sentido de criar medidas intermediárias entre a plena liberdade e a prisão cautelar, medidas que trazem restrições à liberdade do investigado ou réu sem que, para tanto, seja necessário utilizar-se do recurso extremo da privação da liberdade enquanto não houver uma sentença condenatória transitada em julgado.

Em razão da excepcionalidade das medidas cautelares pessoais, leciona Andrey Borges de Mendonça que estas só devem ser decretadas quando preenchidos, concomitantemente, os dois requisitos essenciais das cautelares, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que no processo penal passam a ser chamados de *fumus commissi delicti*, que é a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. É a fumaça da prática de um fato punível. É um requisito cautelar próprio processual penal e não se confunde com o instituto do processo civil, *fumus boni iuris*, que indica a provável existência de um direito demandado. Ausente tal requisito, não é possível aplicar medidas cautelares alternativas nem a prisão preventiva (MENDONÇA, 2011, p. 427).

Por sua vez, Cláudio do Prado Amaral destaca que o *fumus commissi delicti* deverá estar acompanhado do *periculum libertatis* para a aplicação das medidas cautelares e da prisão preventiva, que se refere ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal (AMARAL, 2012, p. 41).

O *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti* se apresentam no artigo 282, I, do Código de Processo Penal. Além da necessidade de ambos estarem presentes, concomitantemente, quando da decretação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão deve, ainda, o magistrado observar a adequação da medida ao caso concreto, conforme previsão expressa no artigo 282, II, do Código de Processo Penal.

Tratam-se, portanto, de requisitos essenciais para a imposição das medidas cautelares alternativas introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011. Ausente tais requisitos, não é possível aplicar medidas cautelares alternativas.

Nessa seara, a fim de eliminar a bipolaridade do sistema cautelar brasileiro, a Lei nº 12.403/2011, dando nova redação ao artigo 319, do Código de Processo Penal apresenta nove medidas cautelares diversas da prisão.

As medidas cautelares diversas da prisão são as seguintes: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Embora haja divergência doutrinária, o rol de medidas cautelares contidas no art. 319 do Código de Processo Penal deve ser considerado taxativo, segundo Luiz Flávio Gomes, pois

o juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não prevista sem lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade (GOMES, 2011, p. 165-178).

E, ainda, o artigo 320, do Código de Processo Penal estabelece mais uma medida cautelar diversa da prisão, qual seja: a proibição de ausentar-se do país. Ela será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Compulsando o rol das medidas cautelares dispostas no Código de Processo Penal, infere-se, segundo Wagner Luiz Lioi Modesto, que existem as medidas cautelares diversas da prisão que não restringem apenas algum direito do indivíduo, mas ocorre uma verdadeira restrição em sua liberdade, tais como o recolhimento domiciliar, a internação provisória e a monitoração eletrônica. Assim, há medidas cautelares restritivas de direitos, bem como restritivas da liberdade (MODESTO, 2017, p. 123).

Analisados os requisitos para decretação e o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, faz-se imprescindível o estudo da (im)possibilidade da detração das medidas cautelares, tema abordado no próximo tópico.

#### **4 Detração e medidas cautelares**

Conforme já exposto alhures, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403, em 2011, foram criadas as medidas cautelares diversas da prisão, as quais foram inseridas nos artigos 319 e 320, ambos do Código de Processo Penal, estendendo, por conseguinte, o rol das medidas cautelares pessoais.

Com isso, surgiu a discussão sobre a possibilidade ou não de utilização do instituto da detração penal nos casos de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal.

Contudo, é de se observar que o legislador silenciou quanto à possibilidade de aplicação do instituto da detração penal quando da imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

Fundamentando-se no fato de que durante o processo legislativo de elaboração da Lei nº 12.403/2011 não houve qualquer menção à possibilidade de detração diante da imposição das medidas cautelares diversas da prisão e no fato de que tais medidas não podem ser assimiladas à prisão preventiva, Fauzi Choukr entende que não é cabível a detração penal

no caso de imposição das medidas alternativas à prisão, ainda que elas acarretem algum grau de restrição na locomoção do réu (CHOUKR, 2011, p. 111-112).

Embora afirme que a legislação nacional não regulou a detração das medidas cautelares alternativas à prisão em relação à pena imposta na sentença condenatória, Odone Sanguiné defende que a detração penal deve ser estendida a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos fundamentais do cidadão, devendo haver uma interpretação ampliando a abrangência do instituto pelo magistrado, nos termos do que preconiza o artigo 2º, do Código de Processo Penal (SANGUINÉ, 2014, p. 714-715).

Diante do silêncio da lei, a doutrina vem construindo os mais diversos entendimentos, seja pela possibilidade ou impossibilidade de se aplicar o instituto da detração penal no caso de imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal.

Assim como a doutrina, o Superior Tribunal de Justiça discutiu amplamente, ao longo dos últimos dez anos, o tema aqui destacado. Divergências de opinião entre suas Turmas marcaram o cenário jurídico aumentando a importância do assunto em questão. No próximo tópico serão examinadas essas diferentes posições que prevaleceram na Corte e que contribuíram para a formação de uma jurisprudência.

## **5 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da (im)possibilidade de detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão**

Na pesquisa de jurisprudência realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da utilização da detração penal quando da aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal, o cenário encontrado foi de divergência entre as turmas.

Isto porque, a 5ª Turma do STJ seguiu por uma linha, depois adotou outro posicionamento, enquanto que a 6ª Turma adotava uma posição sempre no mesmo sentido.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendia que não era aplicável a detração do tempo em que o investigado ou réu esteve submetido às medidas cautelares pessoais diversas da prisão, a exemplo do recolhimento noturno e da obrigação de comparecimento periódico em juízo. A fundamentação era de que, conforme a lei, essas medidas não se confundiam com a prisão provisória, apesar de reconhecer que restringiam, de certa forma, a liberdade do agente. Essa posição pode ser observada, entre outros julgados, no seguinte:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO

DOMICILIAR NOTURNO. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. EQUIVALÊNCIA MATERIAL COM A PRISÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício. II - Não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado. III - Havendo a instância a quo concluído que não haveria equivalência material, no caso, entre o instituto do recolhimento domiciliar noturno e a prisão domiciliar substitutiva da preventiva, não é possível a reforma desse juízo de fato, na via estreita, de cognição sumária, do writ. Habeas corpus não conhecido.<sup>2</sup>

Em que pese a 5ª Turma ter decidido, em 07 de março de 2017, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 380.370 supracitado, por unanimidade que não cabia a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, recolhimento domiciliar noturno e obrigação de comparecimento periódico em juízo, as quais, por expressa disposição legal, não se confundiam com a prisão provisória, em 19 de setembro de 2017, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 380.369, houve o *overruling* da compreensão anterior, ocasião em que a referida Turma começou a se posicionar de forma diferente no que tange ao cômputo do tempo de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno na pena imposta, como se observa na seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem. 2. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 380370-DF, da 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Data do julgamento: Brasília, 07 mar. 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201603127187](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201603127187). Acesso em: 23 mai. 2024.

cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena.<sup>3</sup>

Ratificando o novo posicionamento firmado quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 380.369 acima referenciado, a 5ª Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 466.586, entendeu ser cabível a detração penal do tempo em que o investigado ou réu estivesse cumprindo a medida cautelar pessoal de recolhimento domiciliar noturno em virtude do comprometimento que tal medida causa ao *status libertatis* daquele, como consta na ementa que segue:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA E RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Embora inexista previsão legal, o recolhimento domiciliar noturno, por comprometer o status libertatis da pessoa humana, deve ser reconhecido como pena efetivamente cumprida para fins de detração da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para permitir a detração da pena correspondente ao período em que o paciente cumpriu medida cautelar diversa da prisão, consistente no recolhimento domiciliar noturno.<sup>4</sup>

Por sua vez, a 6ª Turma, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 402628, a Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto, embora registre que o tema da detração penal das medidas cautelares diversas da prisão não foi conhecido por não ter sido apreciado no acórdão impugnado, registra que o artigo 42, do Código Penal, não menciona a detração para as medidas cautelares distintas da prisão, dando uma interpretação puramente literal ao referido dispositivo legal:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA CONSTRICÇÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. POSSIBILIDADE. DIMINUTA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA.

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 380369-DF, da 5ª Turma. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Data do julgamento: Brasília, 19 set. 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201603127175](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201603127175). Acesso em: 23 mai. 2024.

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 466586-RS, da 5ª Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data do julgamento: Brasília, 27 de nov. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201802211759](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201802211759). Acesso em: 23 mai. 2024.

CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO. [...] 4. O pedido de detração não foi apreciado pelo acórdão impugnado, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ainda que assim não fosse, a legislação de regência não prevê a detração para as medidas cautelares diversas da prisão (art. 42 do Código Penal). 5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, para estabelecer a periodicidade mensal de comparecimento do acusado em Juízo e cassar a restrição de recolhimento domiciliar noturno infligida ao paciente.<sup>5</sup>

Corroborando o entendimento da 6ª Turma de que não cabe detrair das penas o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão em razão do artigo 42, do Código Penal não prever tal possibilidade nas suas hipóteses, o Ministro Nefi Cordeiro, em seu voto no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.457.535-SP, acrescentou que:

[...] sendo, ainda, manifestamente contrário à lei a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para justificar a detração com base no fato de que algumas espécies de medidas cautelares comprometem o status libertatis do acusado.

[...]

De todo modo, a medida aplicada ao agravante não se amolda a qualquer das espécies de cautelar que comprometa o status libertatis do acusado, a quem somente foi exigido o comparecimento periódico em juízo [...] <sup>6</sup>

Diante da diversidade de entendimento que o tema possuía entre as 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, a 3ª Seção da referida Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 455.097, reconheceu que deveria prevalecer a orientação firmada na 5ª Turma pela possibilidade de aplicação do instituto da detração penal quando da aplicação da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, com monitoramento eletrônico.

No caso da monitoração eletrônica e do recolhimento domiciliar noturno, medidas cautelares diversas da prisão, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da 3ª Seção, consolidou o entendimento de que os aludidos meios de controle também implicam em restrição da liberdade, de forma que devem vir a ser contabilizados para fins de detração, conforme trecho do voto proferido pela Ministra Laurita Vaz, no dia 14 de abril de 2021, Relatora dos autos do *Habeas Corpus* nº 455.097:

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 402628-DF, da 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data do julgamento: Brasília, 21 set. 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201701344081](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701344081). Acesso em: 23 mai. 2024.

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no recurso especial nº 1457535-SP, da 6ª Turma. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Data do julgamento: Brasília, 10 abr. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201401270160](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201401270160). Acesso em: 23 mai. 2024.

5. A medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa após o anoitecer e em dias não úteis assemelha-se ao cumprimento de pena em regime prisional semiaberto. Se nesta última hipótese não se diverge que a restrição da liberdade decorre notadamente da circunstância de o Agente ser obrigado a recolher-se, igual premissa deve permitir a detração do tempo de aplicação daquela limitação cautelar. Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica.

[...]

7. Conforme ponderou em seu voto-vogal o eminente Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, o réu submetido a recolhimento noturno domiciliar e dias não úteis – ainda que se encontre em situação mais confortável em relação àqueles a quem se impõe o retorno ao estabelecimento prisional –, “não é mais senhor da sua vontade”, por não dispor da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre. Assim, em razão da evidente restrição ao status libertatis nesses casos, deve haver a detração.

8. Conjuntura que impõe o reconhecimento de que as hipóteses do art. 42 do Código Penal não consubstanciam rol taxativo.

9. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça deliberou que a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada. [...] <sup>7</sup>

Portanto, conforme estudo jurisprudencial realizado, é possível afirmar que a decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça trouxe uma uniformidade para a questão da possibilidade de detração penal no caso de cumprimento de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, com monitoramento eletrônico, inclusive com o estabelecimento de critério objetivo para esse cômputo.

## 6 Considerações finais

A Lei nº 12.403/2011, ao criar novas medidas cautelares, permitiu a possibilidade de se aplicar medidas menos gravosas que a prisão. São as medidas cautelares diversas da prisão instrumentos restritivos da liberdade, de caráter provisório e urgente, que agem como forma de controle e acompanhamento do investigado ou réu, durante a persecução penal, desde que necessárias e adequadas.

Contudo, é inegável que as cautelares alternativas reduzem, em algum grau, a liberdade do indivíduo, havendo temperamento nas suas intensidades.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 455097-PR, da 3ª Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: Brasília, 14 de abr. 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201801484120](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201801484120). Acesso em: 23 mai. 2024.

Com isso, surgiu a discussão sobre a possibilidade ou não de utilização do instituto da detração penal nos casos de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal.

O artigo 42, do Código Penal, nada menciona a respeito do tempo de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. A Lei nº 12.403/2011 também nada disciplinou a respeito do assunto.

Em vista do silêncio do legislador em relação à possibilidade de aplicação do instituto da detração às medidas cautelares diversas da prisão, fez-se necessário socorrer-se à doutrina e a jurisprudência.

Verificou-se a inexistência de um consenso entre os doutrinadores em quais casos seria possível a detração das cautelares diversas da prisão, bem como sob quais parâmetros deveria ser computado na sanção imposta o tempo em que o investigado ou réu teve a sua liberdade limitada ou restringida pela imposição das medidas cautelares diversas da prisão.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de ter contado com posicionamentos diversos entre a 5ª e a 6ª Turma, em 2021, consolidou o entendimento de que as medidas cautelares diversas da prisão também implicam em restrição da liberdade, de forma que devem vir a ser contabilizadas para fins de detração.

Portanto, é visível a possibilidade de aplicação da detração nas medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que elas restringem ou privam a liberdade do agente, e, não computar o seu tempo, seria puni-lo duplamente, exacerbando o poder/dever punitivo do Estado e violando, por conseguinte, o direito fundamental que o réu tem de ser submetido a uma pena justa.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (lei 12.403/2011) – novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Revista eletrônica de direito penal, Rio de Janeiro, v. 1, a. 1, n. 1, jun. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no recurso especial nº 1457535-SP, da 6ª Turma. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Data do julgamento: Brasília, 10 abr. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201401270160](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201401270160). Acesso em: 23 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 380369-DF, da 5ª Turma. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Data do julgamento: Brasília, 19 set. 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201603127175](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201603127175). Acesso em: 23 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 380370-DF, da 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Data do julgamento: Brasília, 07 mar. 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201603127187](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201603127187). Acesso em: 23 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 402628-DF, da 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data do julgamento: Brasília, 21 set. 2017. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201701344081](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701344081). Acesso em: 23 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 455097-PR, da 3ª Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: Brasília, 14 de abr. 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201801484120](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201801484120). Acesso em: 23 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 466586-RS, da 5ª Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data do julgamento: Brasília, 27 de nov. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201802211759](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201802211759). Acesso em: 23 mai. 2024.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DELMANTO, Celso. Código Penal comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Método, 2011.

MODESTO, Wagner Luiz Lioi. Detração penal e medidas cautelares diversas da prisão: possibilidade de aplicação. Revista Magister: Direito Penal e Processual Penal, v. 13, n. 75, p. 116-131, dez./jan. 2017.

SANGUINÉ, Odone. Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: 2014.

VARGAS, José Cirilo de. Instituições de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, t.II.